

2009

Version Française: On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court

Alec Stone Sweet, *Yale Law School*

SUR LA CONSTITUTIONNALISATION
DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS
DE L'HOMME : CINQUANTE ANS APRÈS
SON INSTALLATION, LA COUR EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME CONÇUE COMME
UNE COUR CONSTITUTIONNELLE*

PAR

Alec STONE SWEET

*Professeur à l'Université de Yale,
Chaire Leitner, sciences politiques
et d'études internationales*

Résumé

Tant en ce qui concerne son autorité sur les juridictions nationales en matière de droits fondamentaux qu'en ce qui concerne les méthodes adoptées de contrôle du respect de ces droits par les différentes autorités étatiques, la Cour européenne des droits de l'homme peut être considérée aujourd'hui comme une Cour constitutionnelle. Cette analyse est confortée depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention et par l'incorporation de cette dernière dans les ordres juridiques internes. Le pluralisme constitutionnel qui en résulte doit être mis en parallèle avec le pluralisme que l'on constate déjà dans bon nombre de systèmes nationaux.

Dans la présente étude, je m'efforcerai de rechercher le meilleur argument pour prouver que la Cour européenne des droits de l'homme est une cour constitutionnelle (1). L'étendue de l'autorité de la Cour est comparable à celle des cours nationales constitutionnelles ou suprêmes et elle est, à ce jour, bien placée pour exercer une

* Rédigé en anglais, l'article a été traduit en français par Michel Puechavy, avocat honoraire au barreau de Paris.

(1) Certains soutiennent des opinions différentes, par exemple, J.-F. FLAUS, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle? », 36 *Revue française de droit constitutionnel* 711 (1999); S. GREER, *The European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, 2006); L. WILDHABER, « A Constitutional Future for the European Court of Human Rights? », 23 *Human Rights Law Journal* 161 (2002).

influence décisive sur le développement d'un constitutionnalisme paneuropéen fondé sur les droits fondamentaux (I.A). De plus, les juges de Strasbourg sont confrontés aux mêmes sortes de questions que leurs collègues des cours constitutionnelles. Ils utilisent des techniques et méthodologies similaires pour aborder ces problèmes (I.B). Enfin, je démontrerai que la Convention européenne des droits de l'homme est constitutionnalisée par les effets combinés de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 et par son incorporation dans les ordres juridiques internes (II.A). Aujourd'hui, la tâche fondamentale de la Cour – son problème existentiel – est de gérer le système complexe du pluralisme constitutionnel qui est en train d'apparaître. En même temps, la constitutionnalisation de la Convention accentue le pluralisme qui existe déjà dans beaucoup d'ordres juridiques nationaux (II.B). Loin d'être un oxymore, le «pluralisme constitutionnel» dépeint un état normal des choses en Europe.

Je reconnais que ma position est celle d'une minorité et elle sera vraisemblablement rejetée par de nombreux lecteurs de cette revue. Les Hautes Parties Contractantes ont dénommé ce traité comme une «Convention» et non comme une «Constitution» et elles n'ont jamais désigné la Cour comme une juridiction constitutionnelle. En outre, en contraste avec le juge kelsenien classique, la Cour de Strasbourg n'a pas l'autorité pour annuler des actes juridiques. Au contraire, le système juridique de la Convention subvient aux besoins d'une «justice individuelle»: l'examen d'actes internes par une cour transnationale et l'attribution de dommages et intérêts aux individus dont les droits garantis par la Convention ont été violés par un Etat partie. En bref, il existe de sérieuses raisons pour dénier, *a priori*, que la Cour puisse être considérée comme une juridiction constitutionnelle.

Sur ce point spécifique, d'autres observateurs discutent de nombreux aspects importants de la jurisprudence de la Cour, des caractéristiques de son organisation, de sa relation évolutive avec le Conseil de l'Europe, l'Union européenne et, plus largement, avec le droit international des droits de l'homme. Je me concentre sans autre forme de procès sur l'impact de la Convention et de la jurisprudence de la Cour sur les ordres juridiques internes, y compris l'ordre constitutionnel national. Tout au moins, j'espère démontrer que la Cour et la Convention peuvent être analysées et comprises dans une perspective de droit constitutionnel comparé.

I. – Autorité et gouvernance

Par définition une «constitution» écrite constitue un système juridique; elle établit les organes des autorités qui gouverneront dans ce cadre; elle distribue les pouvoirs parmi ces organes. Un traité établissant une organisation internationale, des normes de droit positif et des procédures pour les contrôler et les faire appliquer est «constitutionnel» au moins dans ce sens banal. Il est d'usage pour nous aujourd'hui de définir le «constitutionnalisme» en référence au droit et aux autres contraintes juridiques exercées sur les Etats. Dans sa révision du concept, Rosenfeld conclut que, bien qu'il «n'existe aucune définition acceptée du constitutionnalisme, [...] le constitutionnalisme moderne nécessite d'imposer des limites aux pouvoirs gouvernementaux, une adhésion à l'Etat de droit et à la protection des droits fondamentaux» (2). Avec son Protocole n° 11, la Convention européenne des droits de l'homme établit un système de justice constitutionnelle, un système qui protège les droits fondamentaux et garantit la protection juridictionnelle de ces droits au profit des individus. La Convention est ainsi «constitutionnelle» au sens le plus profond.

En 1955, lorsque la Convention est entrée en vigueur, l'Irlande était le seul Etat partie ayant une expérience significative de protection judiciaire des droits fondamentaux. Les Constitutions de Belgique, de France, du Luxembourg, des Pays-Bas et du Royaume-Uni ne contenaient pas de tels droits ou, en tout cas, elles déniaient au pouvoir judiciaire le droit de mettre en cause les lois adoptées par leur Parlement en se fondant sur ces droits tels qu'ils étaient proclamés par lesdites Constitutions (3) (4). Les cours cons-

(2) M. ROSENFELD, *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives* (Durham, Duke University Press, 1994), 3.

(3) E. Lambert ABDELGAWAD et A. WEBER, «The reception process in France and Germany», in H. KELLER et A. STONE SWEET, eds., *A Europe of Rights: the Impact of the European Convention on Human Rights on National Legal Systems* (Oxford, Oxford University Press), pp. 11-68; E. DE WET, «The reception process in The Netherlands and Belgium», *ibid.*, pp. 230-309.

(4) Il est impossible, dans le cadre du présent article, d'apporter les indispensables nuances qu'appelle la considération qui vient d'être émise. Ainsi, par exemple, en Belgique, le pouvoir judiciaire, confronté à une loi suscitant d'importantes difficultés au regard de la Constitution, procédait à une interprétation de cette loi pour la mettre en conformité avec la Constitution (Cass., *Waleffe*, 20 avril 1950, *Pas.*, 1950, I, pp. 560 et s.). En France, on peut noter aussi que, selon une jurisprudence remontant au début des années 1960, le Conseil d'Etat neutralise, par divers procédés, notamment le constat du défaut d'applicabilité, de caducité, d'abrogation implicite, →

titutionnelles allemande et italienne, nouvellement créées, n'étaient pas encore opérationnelles. Il est ainsi à peine surprenant qu'une majorité d'Etats signataires rejeterent les propositions d'accorder un droit de recours individuel et de rendre obligatoire la compétence de la Cour européenne.

La transformation du système de la Convention, principalement grâce au Protocole n° 11, fut la conséquence de certains changements structurels profonds que l'Europe avait connu depuis l'entrée en vigueur de cet instrument. Les Etats occidentaux adoptèrent un «nouveau constitutionnalisme» dont le cœur était la protection des droits fondamentaux (5). L'OTAN avait pourvu à la sécurité pendant que l'intégration économique et politique s'effectuait fermement au sein de l'Union européenne. Celle-ci fut progressivement «constitutionnalisée» par la consolidation, dans les systèmes juridiques nationaux, des doctrines de la Cour de justice des Communautés européennes portant sur l'effet direct et la primauté du droit européen, sapant par ailleurs le dogme de la souveraineté législative nationale (6). La guerre froide avait pris fin et le bloc soviétique s'était désintégré. Dans la période postérieure à 1990, les engagements des pays européens appartenant à l'Union européenne ou à l'OTAN, caractérisés par la doctrine du constitutionnalisme axé sur les droits fondamentaux, ancrée dans leur pratique juridique par l'effet de la Convention européenne des droits de l'homme, s'étaient du reste élargis aux pays de l'Europe centrale et orientale. Aujourd'hui, la Convention est un système paneuropéen de justice constitutionnelle dominant les systèmes nationaux selon une effectivité variable.

A. – Compétence

Depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 en 1998, les systèmes juridiques internes des parties contractantes sont entièrement

← etc., l'application d'une loi contredite par une disposition constitutionnelle ultérieure, ce qui revient à un contrôle de compatibilité de certaines lois avec certains textes de valeur constitutionnelle (pour un exposé de cette jurisprudence, cons. la note de F.-X. FORT, «L'abrogation implicite de la loi par une disposition constitutionnelle postérieure», sous C.E. (fr.), 12 janvier 2009, n° 289.080, *Association France nature environnement*, J.C.P., mai 2009, pp. 42 à 45).

(5) A. STONE SWEET, «Constitutionalism, Rights, and Judicial Power», in D. CARAMANT, ed., *Comparative Politics* (Oxford, Oxford University Press), 217-39.

(6) A.-M. SLAUGHTER, J. WEILER, et A. STONE SWEET, ed., *The European Court and the National Courts: Legal Change in its Social, Political, and Economic Context* (Oxford, Hart Press, 1998).

exposés au mécanisme de contrôle de la Convention. Cet instrument mérite d'être évalué comparativement et par référence aux autres systèmes de justice constitutionnelle. Commençons par le point théorique le plus général. Aucune cour constitutionnelle ne peut accroître son influence sur son environnement politique et juridique le plus large en l'absence de trois conditions : la compétence pour interpréter la loi d'une manière faisant autorité, un nombre d'affaires important et une conception assez robuste du précédent. Dans le contexte de la Convention également, ces trois facteurs sont des conditions nécessaires pour renforcer au fil du temps l'effectivité de la Convention dans les ordres juridiques nationaux (7).

Premièrement, avec le Protocole n° 11, la Cour possède tout le pouvoir formel requis à cette fin pour acquérir et exercer une prédominance sur l'évolution du système de la Convention. Telle qu'actuellement constituée, la Convention est caractérisée par ce que j'appelle «une prééminence judiciaire structurelle». La Cour dispose des pleins pouvoirs pour interpréter avec autorité les droits garantis lorsqu'elle examine comment la Convention est appliquée dans les systèmes juridiques nationaux. Les parties contractantes pourraient s'opposer à une interprétation contestable de la Cour uniquement en révisant la Convention elle-même. Etant donné la procédure de révision – l'unanimité – cette éventualité est pratiquement impossible. Pour parler de la théorie de la délégation moderne, la Cour de Strasbourg n'est pas un «agent» de l'Etat. C'est, au contraire, une Cour «trustee», exerçant des responsabilités «fiduciaires» étendues vis-à-vis de la Convention (8).

Au surplus, les Etats ont implicitement délégué d'autres pouvoirs à la Cour à mesure que le système s'est développé. Les normes de la Convention, au même titre que les dispositions modernes relatives aux droits fondamentaux sont relativement incomplètes et évolutives. Peu de droits sont exprimés en des termes absolus, la plupart étant qualifiés par rapport aux buts de l'intérêt général que les

(7) Cette partie s'inspire de l'article suivant : A. STONE SWEET et H. KELLER, «The Reception of the European Convention on Human Rights in European Legal Orders», in H. KELLER et A. STONE SWEET, eds., *A Europe of Rights: The Impact of the European Convention on Human Rights on National Legal Systems* (Oxford, Oxford University Press), pp. 11-36.

(8) Pour un plus ample développement, voy. A. STONE SWEET, «Constitutional Courts and Parliamentary Democracy», 25 *West European Politics* (2002), pp. 77-100. N.d.T. : Le «trustee» est un individu qui détient des biens au profit d'un autre individu, on dit aussi «fiduciary», d'où les obligations «fiduciaires» (*fiduciary responsibilities*).

Etats peuvent légitimement poursuivre. Comme les travaux préparatoires le montrent, les Etats fondateurs furent incapables de s'accorder sur le contenu et l'étendue des droits qu'ils établissaient (9). Ils n'ont pu s'entendre sur le fait de savoir, par exemple, si la Convention exprimait le plus petit dénominateur commun des conceptions des droits fondamentaux et rien d'autre, ou si au contraire elle établissait un socle juridique pour une expansion évolutive de ces droits. Ce désaccord conditionna nécessairement les attitudes sur l'opportunité d'établir une Cour. En 1950, les Etats fondateurs n'étaient pas préparés à créer un mécanisme judiciaire afin de régler ces dissensions. De nos jours, il est difficile d'imaginer la Convention sans sa Cour, mais c'est seulement parce que les Etats ont finalement choisi de renforcer leur engagement en faveur d'un organe juridictionnel (10). En agissant de la sorte, les Etats ont transmis à la Cour leur autorité pour «compléter» ou «interpréter» les droits conventionnels, les rendant plus précis dans le temps pour toutes les parties contractantes en dépit des diversités nationales.

Deuxièmement, la Cour doit avoir un nombre d'affaires important. Non seulement la Cour reçoit un courant continu d'affaires mais le nombre croissant de requêtes menace maintenant de l'engorger. Pendant la décennie des années 1960, la Commission reçut en moyenne cinq requêtes par an, puis seize pour celle des années 1970, et quarante-six pour celle des années 1980. Avec l'élargissement et l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, le nombre de requêtes a explosé. En 1998, le greffe de la Cour reçut 18.200 requêtes individuelles, un nombre qui augmenta ensuite tous les ans pour atteindre 50.500 en 2006. Le nombre annuel d'arrêts rendus sur le fond montre une évolution similaire. Jusqu'en 1982, la Cour n'avait rendu seulement en totalité que 61 arrêts à la suite de requêtes individuelles. Elle rendit 72 arrêts en 1995, 695 en 2000, 1.105 en 2005 et 1.560 en 2006. La Cour est, de ce fait, la juridiction de protection des droits fondamentaux la plus active dans le monde.

(9) Voy. D. NICHOL, «Original Intent and the European Convention on Human Rights», *Public Law* (2005), p. 152.

(10) Les parties contractantes ont été complices dans l'extension de l'autonomie du système juridique et du caractère supranational. Cette évolution ne se fit jamais sans que les Etats ne fussent informés, sans leur consentement et contre leur volonté. Au contraire, la Cour a eu un succès remarquable en associant les Etats membres à une logique de protection collective et transnationale des droits fondamentaux et en s'assurant de leur participation dans une dynamique d'expansion de la Convention.

Enfin, la Cour réalise sa plus importante fonction régulatrice par la construction d'une jurisprudence fondée sur le précédent. Ses capacités de contrôle et d'injonction sont faibles et étaient initialement réduites à l'attribution de dommages et intérêts («satisfaction équitable») pour les requérants ayant obtenu gain de cause. Par le précédent, la Cour cherche à légitimer sa construction du droit, à structurer l'argumentation des requérants et des Etats défendeurs et à persuader ces derniers de répondre aux conclusions de violation. Elle le fait au nom «d'une certitude légale et du développement méthodique de [sa] jurisprudence» (11). La Cour reconnaît ses propres précédents et ne les abandonne seulement que pour corriger un erreur antérieure ou pour «garantir que l'interprétation de la Convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles» (12).

En somme, la Cour possède toute l'autorité formelle nécessaire afin d'acquiescer la maîtrise de l'évolution du système de la Convention. En amont, nous pouvons espérer que les violations les plus importantes des droits garantis par la Convention soient déferées systématiquement à Strasbourg par un ou plusieurs requérants. En aval, la Cour a produit une jurisprudence dense et élaborée capable de guider les autorités nationales qui choisiraient d'améliorer l'efficacité des normes conventionnelles. Ces conditions identifiées, bien que nécessaires, ne sont pas suffisantes. Les droits de la Convention auront seulement un impact au-delà d'un cas individuel si les pouvoirs nationaux – législatif, exécutif et judiciaire – prennent en considération la jurisprudence de la Cour dans leurs propres décisions. Ils peuvent décider d'ignorer l'interprétation de la Convention par la Cour, même sur un point ou même si les droits de la Convention ont été incorporés dans l'ordre interne. Pour faire une différence au niveau interne, les autorités nationales doivent prendre des décisions qui donnent plein effet à la jurisprudence de la Cour.

B. – *Le juste équilibre et le principe de proportionnalité*

La partie suivante de mon argumentation consiste à soutenir que, «si une créature ressemble à un canard, marche et cancanne comme un canard, alors cela doit être un canard». Dans ce cas, même si ce n'est pas réellement un canard, je l'appellerai quand même ainsi. La

(11) D. SHELTON, «The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe», 13 *Duke Journal of Comparative and International Law* (2003), p. 95.

(12) Cour eur. dr. h., 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, § 35.

Cour européenne exerce les mêmes fonctions que la plupart des cours constitutionnelles nationales, utilisant les mêmes techniques avec des effets largement similaires. La Cour confronte régulièrement des affaires qui pourraient être qualifiées proprement, dans le contexte des systèmes juridiques nationaux, de constitutionnelles. Elle résout des conflits allégués entre des droits fondamentaux et les intérêts de l'Etat par la recherche d'un juste équilibre, en particulier par application d'une analyse de proportionnalité. De plus, les arrêts de la Cour placent les autorités étatiques «dans l'ombre» de sa jurisprudence, provoquant une politique de mise en œuvre et de mise en conformité qui ressemble à une politique constitutionnelle que l'on peut trouver dans les systèmes nationaux (13).

La Cour de Strasbourg interprète les droits de façon progressiste et dynamique à la lumière de circonstances changeantes. Comme d'autres cours constitutionnelles puissantes, la Cour jouit d'une grande autorité : la nature et l'étendue des droits conventionnels sont identifiés, clarifiés et développés par ses arrêts, évoluant dans le temps au gré des circonstances. Selon mon opinion, la fonction créatrice de droit de la Cour est justifiable dans la mesure où les droits fondamentaux de la Convention sont défendables. Si les Etats européens ne souhaitaient pas une cour constitutionnelle transnationale développant et protégeant ces garanties au moyen d'une élaboration progressiste du droit, alors ils devraient quitter ce système ou essayer de le changer.

La création du droit par la Cour est sertie dans les solutions de litiges d'une structure normative particulière qui serait familière à toute cour constitutionnelle moderne. Dans cette structure, les droits sont déterminés par l'intérêt général que les Etats peuvent légitimement poursuivre. Comme chacun sait, la Cour adopta pour elle-même un cadre doctrinal particulier, celui du principe de proportionnalité, comme modèle technique pour traiter des droits en question. Développé comme un principe général de droit non écrit par le Tribunal fédéral constitutionnel allemand, il s'agit d'une procédure analytique qui est largement utilisée par les juges constitutionnels les plus influents du monde pour résoudre des litiges impliquant de tels droits. En vérité, comme Jud Mathews et moi-même

(13) Voy. A. Stone Sweet, *Governing with Judges : Constitutional Politics in Western Europe* (Oxford, Oxford University Press, 2000); W. Sadurski, *Rights Before Courts : A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central And Eastern Europe* (Dordrecht, Kluwer, 2005).

l'avons montré, le principe de proportionnalité apparaît comme un modèle *constitutionnel* mondial (14).

Les sceptiques pourraient me contester en invoquant le principe de subsidiarité et son corollaire, la doctrine de la «marge nationale d'appréciation». Bien que les commentateurs discutent rarement cette question de but en blanc, rien ne subsiste de la doctrine d'origine. La marge nationale d'appréciation ressemble à un organe corollaire embarrassant pouvant faire plus de mal que de bien si elle n'était utilisée que pour elle-même. Dans l'état actuel des choses, cependant, la marge nationale d'appréciation a peu ou pas d'autonomie; au contraire, l'étendue de cette marge que la Cour accorde aux Etats est le résultat de l'analyse de proportionnalité.

Le critère de proportionnalité fut mis à l'épreuve lorsque la Cour dut faire face au test du «caractère raisonnable *Wednesday*» britannique, un modèle d'examen plein de déférence qui rendait pratiquement impossible pour les juges du Royaume-Uni de donner une effectivité complète aux droits garantis par la Convention (15). Le conflit subséquent entre le critère de proportionnalité de style allemand et la «manière raisonnable» britannique impliquaient les préceptes constitutionnels les plus fondamentaux des deux systèmes juridiques. Dans les affaires les plus importantes, *Smith et Grady c. Royaume-Uni* (1999) (16), et *Peck c. Royaume-Uni* (2003) (17), la Cour critiqua sévèrement les tribunaux britanniques pour avoir appliqué le principe *Wednesday* au lieu d'examiner le fond de l'affaire selon le critère de proportionnalité. Dans l'affaire *Peck*, la Cour nota que les juges britanniques refusaient d'accueillir l'argumentation fondée sur la Convention à moins que les plaignants fussent en mesure de démontrer que les autorités internes avaient agi «d'une manière irrationnelle c'est-à-dire en défiant la logique ou en se comportant comme aucune autorité locale raisonnable et avisée ne l'aurait fait» (18). Dans ces deux affaires, la Cour a jugé que

(14) A. Stone Sweet et J. Mathews, «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», 47 *Columbia Journal of Transnational Law* (2008), 68-149.

(15) N.d.T. : selon le principe *Wednesday*, une décision administrative peut être annulée ou donner lieu à une autre mesure adoptée par voie de contrôle judiciaire si, aux yeux de la juridiction, aucune autorité n'aurait pu la prendre en interprétant correctement le droit en vigueur et en agissant de manière raisonnable. Ce principe fut invoqué pour la première fois dans une affaire anglaise de 1948, «*Associated Provincial Picture Houses c. Wednesday Corporation*».

(16) Cour eur. dr. h., 3^e sect., *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999.

(17) Cour eur. dr. h., 4^e sect., *Peck c. Royaume-Uni*, 28 janvier 2003.

(18) Cour eur. dr. h., *Peck c. Royaume-Uni*, précité, §105.

L'absence d'un contrôle par les juridictions nationales constituait une violation de l'article 13 de la Convention assurant un recours effectif (19). Dans l'affaire *Hirst v. United Kingdom* (2005) (20), la Cour critiqua le Parlement britannique qui avait failli, lors de l'adoption de la loi, à délibérer sur la proportionnalité de certaines mesures législatives.

Le principe de proportionnalité constitue désormais un mécanisme décisif de coordination entre la Cour et les divers systèmes juridiques nationaux des Parties contractantes. Ce principe est une forme particulièrement intrusive de réexamen, impliquant un besoin d'analyse et de juste équilibre. Il exige de la Cour la révision des propres décisions politiques des autorités nationales dans le contexte de leur droit interne et, de ce fait, renforce la prééminence structurelle de la Cour. Celle-ci met effectivement en œuvre le principe de proportionnalité par une simple méthode de droit comparé afin de déterminer quand de «nouveaux» droits sont apparus ou si le champ d'application de ceux d'ores et déjà existants s'est étendu. La Cour élève ainsi le standard de protection dans un domaine donné du droit dès lors qu'un nombre suffisant d'Etats n'invoquent plus de justifications d'intérêt général pour le limiter. La marge nationale d'appréciation dont jouissent les Etats se rétrécit de ce fait aussitôt que s'élève un consensus sur un seuil plus élevé de la protection des droits fondamentaux, procurant ainsi un avantage aux futurs requérants (21).

Sous le contrôle de la Cour, le principe de proportionnalité est diffusé dans chaque système national en Europe où il est absorbé comme principe *constitutionnel* (22). Pour la vaste majorité des juges nationaux utilisant la Convention, adopter le principe de proportionnalité accroîtra considérablement leur autorité vis-à-vis de l'exécutif et du législatif. Aux Pays-Bas, fortement monistes, où l'interdiction du contrôle judiciaire des lois bloque la Charte des

(19) La Cour, dans ces deux affaires, releva également que les juges internes auraient pu donner raison aux requérants s'ils n'avaient pas été tenu par la restriction du principe *Wednesbury*. De cette façon, il peut être soutenu que la Cour a aidé les juges britanniques à surmonter cet obstacle qui les avait empêché de remplir leurs obligations tirées de la Convention.

(20) Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Hirst v. Royaume-Uni*, 6 octobre 2005.

(21) La Cour et ses défenseurs peuvent alors prétendre qu'il existe des moyens externes et objectifs de déterminer le poids à donner aux valeurs en conflit, et ils peuvent généralement (mais pas toujours) affirmer que l'opinion de la Cour se fonde sur la majorité, est transnationale et favorise les droits fondamentaux.

(22) La propagation du principe de proportionnalité est discutée dans chacun des chapitres de *A Europe of Rights*, *op. cit.* (*supra*, note n° 3).

droits fondamentaux de l'Union européenne, la Convention joue le rôle de cette dernière car ce traité est directement applicable en droit interne alors que les droits issus de la Constitution néerlandaise ne le sont pas. Le principe de proportionnalité exige des juridictions néerlandaises qu'elles fassent ce qui leur était interdit et elles commencent maintenant à l'effectuer. En France également, les juridictions examinent également à présent la conformité des lois à la Convention en dépit de l'interdiction de principe du contrôle des lois par le juge judiciaire. Dans de nombreux Etats, y compris la France et l'Italie, le principe de proportionnalité chasse des standards d'examen non moins faibles tels que l'erreur manifeste, l'*ultra vires*, le principe du caractère raisonnable, etc. En Europe de l'Est la position de la Cour de Strasbourg aide à soutenir l'autorité des cours constitutionnelles nationales, dont la plupart ont adopté le principe allemand de proportionnalité pour juger les droits fondamentaux. Ainsi, à travers l'Europe, l'institutionnalisation du principe de proportionnalité au niveau national reconfigure considérablement la séparation des pouvoirs en favorisant le pouvoir judiciaire. L'exception majeure à cette règle est l'Allemagne où ce principe avait déjà été constitutionnalisé.

II. – Constitutionnalisation

Avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, la Cour de Strasbourg est bien placée pour recevoir en fait chaque controverse constitutionnelle qui s'élève au sein d'un Etat partie et qui implique les droits fondamentaux. La Cour détermine si et comment ces pratiques ont violé les droits du requérant, elle donne d'ordinaire des indications aux Etats afin que leurs lois ou pratiques changent pour satisfaire aux exigences de la Convention, et les Etats y répondent en général en effectuant les changements jurisprudentiels que celles des Cours déploient les mêmes techniques jurisprudentielles que celles des plus puissantes cours constitutionnelles européennes afin de traiter les mêmes types d'affaires. Ces faits viennent à l'appui de mon argumentation.

Il n'en demeure pas moins qu'au contraire de la plupart des cours constitutionnelles, la Cour de Strasbourg n'a pas le pouvoir d'invalider des normes juridiques qui sont incompatibles avec les droits fondamentaux garantis. L'absence d'une telle compétence constitue une importante faiblesse institutionnelle si l'on attend que la Cour non seulement rende la justice rétroactivement dans les cas individuels mais aussi assure l'effectivité des droits conventionnels au

niveau interne dans les Etats parties. Le fait que l'autorité réparatrice de la Cour ne comprenne pas un pouvoir d'annulation peut aussi constituer une objection sérieuse à l'argumentation que la Cour de Strasbourg est de type constitutionnel.

Je proposerai deux réponses à cette objection. En premier lieu, il me semble qu'il n'y a, *a priori*, aucune raison pour dénier à une cour internationale, établie par traité, un statut «constitutionnel», en invoquant une absence de compétence pour exercer une autorité au sein des ordres constitutionnels internes. En second lieu, il conviendrait de poser la question sous-jacente : pourquoi et jusqu'à quel point, il importe que la Cour ne dispose pas du pouvoir d'annuler des normes et des actes nationaux jugés «inconstitutionnels» au regard de la Convention ? Bien que la question soit complexe, j'ai une réponse simple. Plus un Etat aura incorporé la Convention dans son ordre juridique interne, en le considérant directement applicable, et plus cet Etat aura conféré à la Convention un rang supra législatif, plus cette objection est moins importante. Réciproquement, là où la Convention n'a pas été incorporée en droit interne à un rang supérieur à celui de la loi et où ce texte n'est pas directement applicable, la capacité de la Cour est amoindrie pour influencer le droit et les pratiques de cet Etat dans un sens comparable à celui d'une cour constitutionnelle nationale. J'examine brièvement ces points dans les paragraphes suivants.

A. – Incorporation

La Convention n'est plus un système replié sur lui-même (si elle ne l'a jamais été) et limité à sa propre sphère. Au contraire, la Convention a été solidement incorporée en droit interne. Dans un ouvrage récent, *A Europe of Rights : The Reception of the ECHR in National Legal Systems* (23), une équipe universitaire a étudié le processus d'incorporation dans dix-huit Etats et inventorié l'impact de l'incorporation sur le travail des législateurs, administrateurs, juges, avocats et professeurs de droit. Bien que le mode, les délais et l'importance de l'incorporation varient selon les systèmes, la Convention est à ce jour un élément structurel important du droit interne des Hautes Parties Contractantes (24). De plus, l'ouvrage

(23) *A Europe of Rights*, *op. cit.* (*supra*, note n° 3). Le livre ne prend pas position sur le statut constitutionnel de la Cour.

(24) Voy. aussi L. HELFER, « Redesigning the European Court of Human Rights : Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime », *European Journal of International Law*, 19 (2008), 125.

montre que la Cour de Strasbourg, par sa jurisprudence, est capable de changer fondamentalement les systèmes politico-légaux pour bon nombre de paysages politiques.

Il est désormais possible de soutenir que la Convention a été significativement constitutionnalisée – au niveau national – par le biais de l'incorporation. La constitutionnalisation est une variable (au sens que la science sociale donne à ce terme) : l'étendue de la constitutionnalisation change selon les systèmes juridiques des Etats parties et au fil du temps dans un Etat donné. Dans certains Etats, la Convention a été explicitement incorporée – par une loi, une décision juridictionnelle ou un amendement constitutionnel – à un niveau constitutionnel ou quasi constitutionnel, conférant à la Convention un rang supra législatif. Quelques Etats ont cherché à limiter les effets potentiels de la Convention en lui déniaient son statut supra législatif. Comme l'ouvrage précité *«A Europe of Rights»* le démontre, l'on trouve des éléments de constitutionnalisation dans les dix-huit Etats étudiés, y compris dans les situations à problème de la Grèce, de la Russie, de la Turquie et de l'Ukraine. Je n'ai ici l'occasion, en raison de la nécessité de condenser cet article, que de mentionner quelques traits essentiels de la dynamique de la constitutionnalisation par incorporation (25).

Au moyen de l'incorporation, la Convention fonctionne maintenant comme une «constitution de l'ombre» ou comme une «charte des droits subrogée» dans de nombreux Etats qui possédaient auparavant leur propre catalogue de droits applicables judiciairement. Tel est le cas, par exemple, en Belgique, en France, aux Pays-Bas, en Suisse et au Royaume-Uni, où la Convention, une fois incorporée, a comblé certaines failles de la constitution nationale et a permis aux juridictions internes d'examiner les normes des autorités nationales, y compris celles des parlements, afin de vérifier leur conformité avec les droits conventionnels. Ce type d'incorporation est profondément structurel – et l'on peut dire *constitutionnel*. Une variation sur ce thème : la Norvège et la Suède ont adopté dans les années 1990 de nouvelles chartes de droits fondamentaux qui sont calquées sur la Convention, «nationalisant» ainsi ce traité international.

Dans les pays où la constitution nationale assurait un système de justice constitutionnelle, la Convention fonctionne désormais

(25) Pour une discussion approfondie et les références, voy. H. KELLER et A. STONE SWEET, « Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems », *A Europe of Rights*, *op. cit.* (*supra*, note n° 3), pp. 682-697.

comme un supplément à la protection nationale des droits fondamentaux. Nous trouvons cette situation dans de nombreux Etats, dont l'Allemagne, l'Espagne, l'Irlande, l'Italie et ceux de l'Europe centrale et orientale. Le Tribunal constitutionnel espagnol, par exemple, a constamment appliqué la Convention comme une norme quasi-constitutionnelle. Le Tribunal annule les lois qui violent la Convention comme étant *per se inconstitutionnelles*, il interprète, quand c'est possible, les droits constitutionnels espagnols à la lumière de la Convention et il a ordonné aux juridictions inférieures de rester fidèles à la jurisprudence de Strasbourg comme étant une obligation *constitutionnelle*. Si l'ordre judiciaire ignore les prescriptions de la Convention, les justiciables disposent du recours de «amparo» pour faire directement valoir leurs droits devant le Tribunal constitutionnel. Le Tribunal fédéral constitutionnel allemand a récemment pris la même position. En Hongrie, Pologne, Slovaquie et République tchèque, les juges constitutionnels invoquent régulièrement l'autorité de la Convention et de la jurisprudence de Strasbourg afin d'améliorer les droits fondamentaux et leurs propres positions dans l'ordre constitutionnel national.

D'une manière saisissante, certains Etats ont explicitement donné un rang constitutionnel, voire supra-constitutionnel, à la Convention. La Constitution autrichienne prévoit une Cour constitutionnelle mais elle ne contient qu'une courte liste de droits garantis en comparaison avec la Convention. La position initiale de la Cour constitutionnelle, qui fut suivie par les juridictions des ordres administratif et judiciaire, était que la Convention n'avait jamais eu un rang supra-législatif et qu'elle n'était pas directement applicable en droit interne. En 1964, les partis politiques ont révisé la Constitution, ont conféré à la Convention un statut constitutionnel et ont assuré son effet direct. Aujourd'hui, les conflits entre la Constitution autrichienne et la Convention sont régis par le principe *lex posterior derogat legi priori*, une situation apparemment unique. Aux Pays-Bas, en vertu d'une disposition constitutionnelle (26), tout conflit entre la Convention et la Constitution nationale serait normalement résolu en faveur du droit international. En Belgique, la Cour constitutionnelle a conféré un rang supra-législatif mais infra-constitutionnel à la Convention (27) alors que la Cour de cassation soutient que la Convention possède un rang supra-constitutionnel !

(26) Article 93 de la Constitution néerlandaise.

(27) Il importe toutefois de noter que la Cour constitutionnelle de Belgique tend à interpréter les dispositions du titre II de la Constitution, relatif aux libertés publi-

L'on pourrait continuer de la sorte en multipliant les exemples d'incorporation mais mon argument principal serait ainsi manifeste. Les modes d'incorporation sont capables de modifier les préceptes constitutionnels quel que soit l'ordre juridique interne et particulièrement ceux se réclamant de la séparation des pouvoirs ou de la souveraineté parlementaire (28). Les constitutionnalistes ont toutes les raisons d'évaluer les actes d'incorporation et de les comparer avec d'autres types d'amendements constitutionnels. Ils pourraient trouver que, dans la plupart des Etats, l'incorporation de la Convention a eu des conséquences plus importantes pour les autorités nationales que n'importe quel acte de révision constitutionnelle.

Il est important de souligner, à l'instar de Polakiewicz (29), que la Convention ne requiert aucun mode spécifique d'incorporation. Jusque dans les années 1980, la position française était que la Convention n'avait en fait aucun rang légal dans l'ordre interne. Selon l'Etat, une Haute Partie contractante, face à une violation de la Convention, se déchargeait de ses responsabilités en accordant tout bonnement des dommages à la victime. L'Etat n'avait aucune obligation de changer sa législation même lorsque la Cour avait jugé que la loi enfreignait la Convention. En fait, toutes les Parties contractantes ont désormais incorporé la Convention, par différentes voies, et aucun Etat ne soutient à ce jour l'ancienne position française.

←
 qués, à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme portant sur des dispositions analogues de la Convention. A l'aide également d'autres techniques comme, par exemple, la prise en compte des libertés garanties par le droit international parmi les droits à respecter sur la base des principes d'égalité et de non-discrimination, la Cour constitutionnelle a largement incorporé la Convention européenne des droits de l'homme au sein du bloc de constitutionnalité dont elle assure le respect (voy. aussi E. DE WET, *op. cit.*, note n° 3).

(28) L'ouvrage « *A Europe of Rights* », *op. cit.* (*supra*, note n° 3), donne des réponses aux questions suivantes pour les systèmes juridiques internes de dix-huit Etats. Premièrement, est-ce qu'un ordre constitutionnel donné adopte une position dualiste ou moniste avec un traité de droit international ? Deuxièmement, quel rang est conféré à la Convention dans la hiérarchie nationale des normes ? Troisièmement, est-ce que les garanties de la Convention lient directement les autorités nationales, peuvent-elles être invoquées devant les juridictions nationales, et les juges peuvent-ils les appliquer directement en cas de conflit avec les normes nationales y compris la loi ? Enfin, est-ce que les réponses à ces questions ont changé dans le temps et au moyen de quelles procédures ? Les rapports nationaux donnent ensuite l'influence de ces éléments formels sur les décisions des autorités nationales.

(29) J. POLAKIEWICZ, « The Status of the Convention in National Law », in R. BLACKBURN, and J. POLAKIEWICZ, éd., *Fundamental Rights in Europe* (Oxford, 2001), p. 31.

Pourquoi alors les gouvernements, les parlements et les juges ont-ils choisi d'incorporer la Convention? En simplifiant cette question à l'incorporation, il existe deux raisons fondamentales favorisant l'incorporation. La première est d'échapper à la condamnation : en donnant un effet direct aux droits conventionnels dans l'ordre interne, l'Etat encourt moins la censure de Strasbourg. Cette approche est particulièrement prononcée dans les systèmes nationaux qui par ailleurs interdisent l'examen judiciaire des lois ou ne possèdent pas de charte nationale des droits fondamentaux. Un second ensemble de raisons est lié à la politique institutionnelle. Les juges et les politiques accordent plein effet aux droits de la Convention dans leurs propres intérêts et pour accomplir leurs desseins. Les juges peuvent souhaiter étendre leur compétence afin de contrôler les élus; un parti politique dirigeant peut vouloir consacrer les droits fondamentaux qui obligeront d'autres partis si ces derniers accèdent au pouvoir et les autorités peuvent répondre à une demande de la société pour affirmer ces droits. Ce qui est clair, c'est que la Convention s'est elle-même transformée en un système transnational de justice constitutionnelle et que les ordres juridiques nationaux ont été amenés à renforcer leur propre système de protection des droits fondamentaux.

B. – *Le pluralisme constitutionnel*

Parmi ceux qui contestent la «constitutionnalisation» du droit international et du régime des traités (30), un consensus pourrait se dégager sur l'assertion suivante : plus la structure de l'autorité judiciaire d'un système international est «pluraliste», plus il est difficile, voire impossible de prétendre que ce système a un fondement constitutionnel. Ma réponse, la partie finale de mon argumentation, est de rejeter cette opinion indéfendable dans une perspective de droit constitutionnel comparé. Si nous étions contraints d'appliquer ce raisonnement aux systèmes nationaux en Europe, nous aboutirions à la conclusion absurde que la plupart ne sont pas «constitutionnels». Après tout, le «pluralisme constitutionnel» est un état normal des affaires en Europe, même au niveau national. Je vais illustrer brièvement ce point en me référant à la protection des droits fondamentaux en France, en Allemagne, en Italie et en Espagne mais cet argument fondamental est valable pour la majeure

(30) Cette partie se fonde sur A. STONE SWEET, «Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2), pp. 621-645.

partie des systèmes juridiques européens qui ont institué des cours constitutionnelles (31).

Les systèmes juridiques de ces quatre Etats sont pluralistes : les juridictions sont fragmentées plutôt qu'unifiées et l'autorité finale pour déterminer les solutions est distribuée entre des cours suprêmes autonomes qui dirigent des entités juridiques spécialisées. Ces entités sont des hiérarchies verticalement intégrées qui, de différentes manières, sont isolées de l'autorité de la cour constitutionnelle. Dans chacun des quatre exemples, cette structure – celle du pluralisme juridique interne – soulevait certaines questions constitutionnelles, cruciales et inévitables, mais le pluralisme signifiait qu'elles ne pouvaient être tranchées d'une manière prédéterminée. Jusqu'à quel point les droits constitutionnels irradiant et imprègnent d'autres domaines du droit? Si le pouvoir d'annuler une loi jugée inconstitutionnelle est de la compétence exclusive du juge constitutionnel, jusqu'à quel point le juge ordinaire peut-il ou devrait-il interpréter et appliquer la Constitution? Si la constitution lie les actions des autorités nationales parmi lesquelles le pouvoir judiciaire, jusqu'à quel point la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fait-elle autorité sur les juridictions ordinaires? Il est pertinent de noter que ces questions et bien d'autres aussi importantes sont débattues sous le titre «la constitutionnalisation du droit» (32).

Pour simplifier ce qui constitue des dynamiques complexes, les cours constitutionnelles ont œuvré à «constitutionnaliser» l'ordre juridique mais avec des résultats mitigés. La Cour constitutionnelle fédérale allemande, par exemple, a ordonné aux juridictions judiciaires de donner plein effet aux droits fondamentaux et à sa jurisprudence sur ce point au sujet du Code civil allemand (33). Une résistance et un long conflit avec la Cour suprême en résultèrent et ils ne sont pas terminés à ce jour, encore que, dans un conflit avec les juridictions ordinaires, la Cour constitutionnelle ait les moyens d'imposer ses vues sur la manière dont le Code civil doit accommoder les droits fondamentaux. Instruisant un recours constitutionnel,

(31) L. GARLICKI, «Constitutional Courts versus Supreme Courts», 5 *International Journal of Constitutional Law*, (2007) 44. Les failles dans l'autorité des cours constitutionnelles sont courantes en Europe. Pour une discussion sur la situation en France, Allemagne et dans l'Union européenne, voy. A. STONE SWEET, «The Judicial Coup d'Etat and the Problem of Authority», *The German Law Review* 8 (10), pp. 915-928.

(32) En français dans le texte. Voy. A. STONE SWEET, *Governing With Judges*, op. cit. (*supra*, note n° 13), 116-17.

(33) Tribunal de Karlsruhe, *Lüth*, BVerfGE 7, 198 (1958).

elle peut le faire mais seulement en intervenant dans le domaine du juge ordinaire (jadis présumé exclusif), repesant les intérêts et valeurs en cause et invalidant la décision contestée. A ce jour, plus de 90 % de tous les recours individuels sont des appels *de facto* de décisions judiciaires dont il est allégué qu'elles sont en conflit avec la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur les droits fondamentaux. En Espagne également, la «constitutionnalisation» fut la conséquence de l'utilisation de recours individuels (*amparo*), et, de nouveau, comme la «constitutionnalisation» a progressé, le conflit entre le Tribunal constitutionnel espagnol et la Cour suprême s'est exacerbé (34). En Allemagne et en Espagne, ainsi, nous trouvons beaucoup de pluralisme constitutionnel. La constitutionnalisation a constamment avancé alors que le conflit existant avec des environnements pluralistes fut affronté et géré. Toutefois, un pluralisme significatif persiste.

La Cour constitutionnelle italienne a été bien moins couronnée de succès. En l'absence d'une procédure de «*amparo*», elle est rarement capable d'imposer ses vues aux juges ordinaires si ceux-ci décident de résister. L'autorité de la Cour dépend sérieusement de son habileté à négocier une coopération avec la *Corte di Cassazione* et le *Consiglio di Stato*. La «guerre des juges» éclate périodiquement et la Cour constitutionnelle n'en sort pas toujours victorieuse (35).

L'incorporation de la Convention dans les ordres juridiques nationaux lance un défi à l'autorité des cours constitutionnelles car les dispositions nationales des droits fondamentaux et celles de la Convention se chevauchent singulièrement. Si les juridictions ordinaires peuvent interpréter et appliquer les droits conventionnels, quel est le besoin de l'ordre juridique d'avoir une cour constitutionnelle ? Est-ce que le fait que des juridictions ordinaires refusent d'appliquer la Convention ou la jurisprudence de Strasbourg soulève une question constitutionnelle nationale ? Jusqu'à quel point une cour constitutionnelle nationale s'efforce-t-elle de réduire les conflits entre l'ordre juridique national et la Convention ? Comme il a été exposé ci-dessus, le Tribunal espagnol adopta les aspects quasi constitutionnels de la Convention dans ses premiers arrêts, une position facilitée par les dispositions monistes de la Constitution. De leur côté, les cours constitutionnelles allemande et italienne ont maintenu initialement des positions dualistes classiques, jugeant que la Convention n'avait pas un rang supérieur à celui d'une loi d'assen-

(34) Voy. A. Stone Sweet, *Governing with Judges*, op. cit., 119-21.

(35) *Ibid.*, at 121-22.

timent à un traité ordinaire et, ainsi, elle pouvait être annulée par des dispositions législatives adoptées ultérieurement. Dans un arrêt important de 2005 (36), la Cour allemande a décidé que la Convention fournissait des lignes de conduite pour sa propre interprétation des droits fondamentaux allemands et que les individus pouvaient engager des recours constitutionnels contre les décisions judiciaires ne prenant pas en considération la Convention ou les indications de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. En 2007, pour la première fois, la Cour italienne annula une loi interne au motif qu'elle violait un droit de la Convention. Elle jugea également que, lorsque les juges ordinaires ne sont pas en mesure d'interpréter la loi interne par référence à la Convention, ils doivent déférer cette question à la Cour constitutionnelle (37).

L'exemple français est symptomatique pour montrer comment l'incorporation peut accentuer le pluralisme constitutionnel d'un système national. En 1975, le Conseil constitutionnel commit une erreur stratégique qu'aucune autre cour constitutionnelle européenne ne fit : il déclara que la Convention n'entrait pas dans le champ de sa compétence (38). Au début, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat résistèrent à l'invitation de devenir des juges de la conventionnalité des normes légales françaises, en raison du dogme de la séparation des pouvoirs (l'interdiction de l'examen judiciaire de la loi). Ultérieurement, ils décidèrent d'appliquer l'article 55 de la Constitution de 1958 qui donne aux traités un rang supérieur à la loi, puis ils commencèrent petit à petit à appliquer la Convention. Ces juridictions ont aussi affirmé avec succès leur autorité pour interpréter et appliquer les droits constitutionnels, surtout parce que le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour réviser ou annuler les décisions de justice.

Le résultat : depuis les quinze dernières années la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont devenus *de facto* juges constitutionnels, appliquant à la fois les droits constitutionnels français et la Convention. De plus, chacune des deux cours supérieures accomplit désormais la tâche (naturellement constitutionnelle) de coordonner,

(36) Cour constitutionnelle fédérale allemande, *Görgülü*, BVerfGE 111, 307 (2004). En 1987, la Cour constitutionnelle avait décidé que les lois fédérales adoptées postérieurement ne primaient pas nécessairement la Convention, faisant ainsi de ce traité une forme de *lex specialis*; BVerfGE 74, 358 (1987).

(37) Cour constitutionnelle italienne, 24 octobre 2007, n° 348, *Gazzetta Ufficiale*, 31 octobre 2007; Cour constitutionnelle italienne, 24 octobre 2007, n° 349, *Gazzetta Ufficiale*, 31 octobre 2007.

(38) Conseil constitutionnel français, D.C., 15 janvier 1975, rec. 19.

entre elles au fil du temps, le droit européen avec le droit interne pendant que le Conseil constitutionnel est réduit à un rôle d'observateur. En 2008, la Constitution française fut révisée et, pour la première fois, permit aux cours supérieures de demander l'examen de lois en vigueur au Conseil constitutionnel, détruisant ainsi les derniers vestiges de la souveraineté parlementaire en France. La nouvelle procédure d'exception d'inconstitutionnalité accentuera, plutôt que de le réduire, le pluralisme constitutionnel dans ce pays (39).

Dans les systèmes caractérisés par un fort pluralisme constitutionnel, le potentiel de conflit entre juridictions est omniprésent. Ce qui importe, c'est de savoir comment le système constitutionnel évoluera et comment ces conflits sont résolus. Aujourd'hui, en Europe, les droits européens et nationaux se chevauchent. Dans la mesure où ces normes franchissent les hiérarchies et les frontières étatiques et du fait qu'elles sont supérieures et partagées, elles sont constitutionnelles au niveau transnational. Puisque de multiples cours supérieures imposent leur compétence par une décision définitive, le système paneuropéen le plus large est pluraliste (40).

C'est à leur crédit que, dans la période suivant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, la plupart des cours constitutionnelles nationales et d'autres cours supérieures d'appel ont décidé, quelquefois après une résistance initiale, d'exiger des juridictions ordinaires – à titre d'obligation constitutionnelle –, de prendre en compte la Convention et d'appliquer fidèlement la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Au même moment, presque toutes les cours constitutionnelles ont insisté sur le fait que la Convention n'avait pas un rang constitutionnel formel et qu'en définitive, la constitution nationale réglait les rapports entre l'ordre juridique interne et le système conventionnel et non la Convention ou la Cour de Strasbourg (41). Ces positions sont par nature constitutionnelles et elles éclaircissent le caractère constitutionnel émergeant de la Convention et de sa Cour.

(39) Voy A. STONE SWEET, « Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République », 25 *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* (2008), pp. 65-69.

(40) Voy. aussi L. GARLICKI, « Cooperation of Courts : The Role of Supranational Jurisdiction in Europe », 6 *International Journal of Constitutional Law* (2008), 509.

(41) Voy. N. KRISCH, « The Open Architecture of European Human Rights Law », 71 *The Modern Law Review* (2008) 183-216; W. SADURSKI, « Partnering with Strasbourg : The Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and Eastern European States to the Council of Europe, and Pilot Judgments », 9 *Human Rights Journal* (2009), à paraître.

Le rôle de la Cour de Strasbourg dans cet ordre pluraliste est multidimensionnel. En disant le droit en dernier ressort, la Cour travaille pour améliorer le niveau de protection des droits garantis même dans les Etats qui ont la réputation d'appliquer la Convention. La Cour identifie les failles de la protection et encourage les Etats à les supprimer. Dans ce mode d'opération, la Cour développe de nouveaux droits pour des groupes de personnes (par exemple les transsexuels) ou pour des situations spécifiques (par exemple l'enseignement religieux dans les écoles). Lorsque le niveau de protection des droits garantis par la Convention est supérieur à celui de l'ordre juridique interne, la Cour est saisie par des individus cherchant à changer la loi nationale. Plus la Cour entreprend d'interpréter la Convention dans un sens progressiste, ouvert et plus large, plus il faut s'attendre à ce que la protection accordée par les Etats tombe au-dessous du seuil conventionnel, créant ainsi une pression pour une nouvelle adaptation. Dans ce système, les juges nationaux ont un intérêt considérable à s'aligner sur la Cour de Strasbourg, dans la mesure où, s'ils le font, ils deviendront de puissants créateurs des droits fondamentaux nationaux.

La Cour a un rôle assez différent à jouer lorsqu'elle rencontre des manquements systémiques à la mise en conformité. De nombreux Etats sont en fait incapables d'adopter certains critères de la Convention, ceux de l'article 6, § 1^{er}, ou du Protocole n° 1 par exemple. Dans ce cas, un flot de requêtes provenant du même problème systémique, devient chronique. A l'instar d'autres cours constitutionnelles importantes, la Cour peut elle-même dire le droit comme un organe de direction ou de surveillance, dans la mesure où elle cherche à résoudre de telles questions par des arrêts pilote et en ordonnant des mesures.

Malheureusement, la Cour doit aussi régulièrement affronter une troisième sorte de problème : les violations massives des droits les plus fondamentaux garantis par les articles 2 et 3. Dans certains Etats, les capacités institutionnelles pour protéger les droits conventionnels sont simplement sous-développés; dans d'autres, dont la Géorgie, la Fédération de Russie, la Turquie et l'Ukraine, les autorités politiques et les juges négligent même de prendre en considération les principes les plus fondamentaux de l'Etat de droit. En conséquence, les universitaires et les juges débattent activement sur le point de savoir si la Cour peut effectivement accom-

plir ses différents rôles sans le besoin de renforcer la Convention et les caractéristiques constitutionnelles de la Cour (42).

Conclusion

J'ai soutenu que la Cour européenne des droits de l'homme est une cour constitutionnelle transnationale dont l'autorité, la prudence, les capacités de dire le droit et l'influence sur les systèmes politiques et juridiques méritent d'être comparées à celles des cours constitutionnelles les plus efficaces. J'ai également avancé l'idée que la Convention a été *constitutionnalisée* dès lors qu'un nombre croissant d'Etats lui confère un effet direct et un rang supra législatif en droit interne. Nous constatons que, dans de nombreux systèmes nationaux, dont l'Allemagne, la «constitutionnalisation du droit» a été le produit d'une procédure complexe dans laquelle juges et autres élites, œuvrant dans différents domaines autonomes, sont entrés en conflit afin de trouver un compromis. La constitutionnalisation de la Convention, n'a jamais été linéaire ou sans friction. Au contraire, elle a introduit une grande incertitude normative, une pression pour un changement procédural, la potentialité d'une transformation ou d'un conflit constitutionnels tant au niveau national que transnational. Enfin, j'ai montré, au moins implicitement, que le régime de la Convention est une partie de la constitution européenne supranationale. Cette constitution contient deux éléments essentiels : (1) le partage de normes légales et de modes d'argumentation (droits fondamentaux, procédures, techniques jurisprudentielles) et (2) des interactions, à la fois formelles et informelles, entre la Convention – conçue comme un système de justice constitutionnelle – et les systèmes nationaux de protection des droits fondamentaux. Ces questions sont, bien sûr, controversées, mais le fait que le statut constitutionnel de la Convention et de la Cour soit désormais débattues sérieusement par les juges, les élus et les universitaires en Europe nous dit que quelque chose de profondément important est en train d'arriver.

☆

(42) Voy. S. GREER, «Protocol 14 and the Future of the European Court of Human Rights», *Public Law* (Spring 2005), 83; L. HELFER, «Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime», *op. cit.* (*supra*, note n° 24).